



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

FLORE

Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

La circolazione della clausola compromissoria: profili critici e soluzioni giurisprudenziali

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

Original Citation:

La circolazione della clausola compromissoria: profili critici e soluzioni giurisprudenziali / Putorti, Vincenzo.
- In: LE CORTI FIORENTINE. - ISSN 2385-1279. - STAMPA. - I:(2015), pp. 2-20.

Availability:

This version is available at: 2158/1003538 since: 2016-01-18T14:31:08Z

Terms of use:

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze
(<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

Publisher copyright claim:

(Article begins on next page)

LE CORTI FIORENTINE

ista di diritto e procedura civile
una della Camera Civile di Firenze

ADRIEMESTRALE DI GIURISPRUDENZA E DOTTRINA

direttore Responsabile: Carlo Poli

QUADRIMESTRALE DI GIURISPRUDENZA E DOTTRINA
 Diretto da Carlo Poli



CAMERA CIVILE DI FIRENZE

LE CORTI FIORENTINE

Rivista di diritto e procedura civile

A cura della Camera Civile di Firenze

ISSN 2385-

oni Scientifiche Italiane - 80121 Napoli, Via Chiaramonte 7
 di stampare nel mese di aprile 2015

ne spa - Spedite in A.R. - D.L. 353/2003 (art. 1, 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, D.C.B.N.A.

Edizioni Scientifiche Italiane





CAMERA CIVILE DI FIRENZE

Le Corti Fiorentine
Rivista di diritto e procedura civile
Quadrimestrale di giurisprudenza e dottrina

Anno II

n. 1/2015



Edizioni Scientifiche Italiane

Direttore Responsabile
Carlo Poli

Comitato di Direzione:
Francesco Alcaro
Giuseppe Caglia
Francesca Cappellini
Anna Carla Nazzaro
Carlo Poli
Vincenzo Putorti

Comitato Editoriale:
Anna Basetti Sani Vettori (coordinatrice)
Agnese Alamanni
Massimo Aragiusto
Gianni Baldini
Antonio Gorgoni
Enrico Mucci
Massimo Palazzo
Paolo Pisani
Gabriele Salvi
Emanuele Taccetti

Comitato Scientifico:
Niccolò Abitanti
Vincenzo Cuffaro
Giuseppe Morbidelli
Ilaria Pagni
Giovanni Passagnoli
Andrea Proto Pisani
Giuliano Scarselli

Hanno collaborato a questo numero:
Dott. Agnese Alamanni (Università di Firenze); Prof. Avv. Francesco Alcaro (Università di Firenze); Avv. Francesca Barbolini (Foro di Firenze); Avv. Anna Basetti Sani Vettori (Foro di Firenze); Avv. Massimo Capialbi (Foro di Firenze); Prof. Avv. Filippo Maisto (Università della Calabria); Dott. Carlo Mignone (Università del Salento); Avv. Michele Monnini (Foro di Firenze); Prof. Anna Carla Nazzaro (Università di Firenze); Avv. Giacomo Palli (Foro di Firenze); Prof. Avv. Vincenzo Putorti (Università di Firenze); Avv. Grazia Pengue (Foro di Firenze); Avv. Emanuele Taccetti (Foro di Firenze); Prof. Avv. Antonella Tartaglia Polcini (Università del Sannio).

Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5966 del 9 settembre 2014
Direttore Responsabile: Carlo Poli

INDICE

FOCUS L'ARBITRATO

PROF. AVV. VINCENZO PUTORTI, La circolazione della clausola compromissoria: soluzioni giurisprudenziali e profili critici p. 3

PROF. AVV. ANTONELLA TARTAGLIA POLCINI, Il lodo rituale come "atto di giustizia". Riflessioni sulla funzione dei c.d.d. modelli arbitrati a garanzia del giusto processo p. 21

GIURISPRUDENZA

Corte di Appello di Firenze, sentenza 13 maggio 2013 n. 738, Pres. Rel. Dott. Luigi Grimaldi, Cons. Dott. Adone Orsucci, Cons. Dott.ssa Eugenia Di Falco, con nota del Prof. Avv. Filippo Maisto, *Un problema di diritto intertemporale concernente la riforma dello stato di figlio* p. 51

Corte di Appello di Firenze, sentenza 18 luglio 2011, n. 974, Pres. Dott. Grimaldi; Cons. Rel. Dott. Mascagni; Cons. Dott. Nencini; Corte di Appello di Firenze, sentenza 15 novembre 2013, n. 1776, Pres. Dott. Mascagni; Cons. Rel. Dott. Monti; Cons. Dott. Covini, con nota del Dott. Carlo Mignone, *Confondibilità del marchio ostensivo e interessi protetti: due variazioni sul tema* p. 75

Tribunale di Siena, sentenza 7 luglio 2014 n. 523, Giudice Dott.ssa Giulia Capannoli, con nota della Dott. Agnese Alamanni, *L'efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento nei confronti dei terzi. Il problema della individuazione della posteriorità degli atti nell'ipotesi del loro compimento nel medesimo giorno dell'iscrizione della sentenza nel Registro delle Imprese* p. 115

Tribunale di Firenze, sentenza 30 ottobre 2014 n. 3325, Giudice Dott. Alessandro Ghelardini, Tribunale di Firenze, ordinanza 17 marzo 2014, Giudice Dott. Leonardo Scionti, Tribunale di Firenze, sentenza 12 febbraio 2015, n. 471, Giudice Dott. Riccardo Guida, con nota dell'Avv. Michele Monnini, *La revata quæstio della parte "onerata" di introdurre/esperire la mediazione delegata dal giudice (e quella c.d. obbligatoria) in ipotesi di opposizione a decreto ingiuntivo: orientamenti contrastanti del Tribunale di Firenze ed auspicabile soluzione condivisa...in attesa della Suprema Corte* p. 128

Tribunale di Firenze, sentenza 3 luglio 2014 n. 2327, Giudice Dott. Massimo Maione Mannamo, con nota dell'Avv. Grazia Pengue, *La conclusione del contratto: modalità di scambio di proposta ed accettazione nei contratti formali inter absentes* p. 169

Obbligazioni e contratti

L'azione di simulazione e l'azione revocatoria ordinata

p. 185

Responsabilità civile

Il danno non patrimoniale: criteri di liquidazione, personalizzazione, nesso di causalità ed onere della prova

p. 189

Fallimento e società

p. 203

Arbitrato

p. 208

Questioni processuali

La legittimazione ad agire

p. 219

Il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo

p. 223

La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite ex art. 696bis c.p.c.: presupposti ed applicabilità nella responsabilità per colpa medica.

Giurisprudenza ragionata

p. 226

Il sequestro conservativo di azienda

p. 229

VINCENZO PUTORIT

LA CIRCOLAZIONE DELLA CLAUSOLA COMPROMISSORIA: SOLUZIONI GIURISPRUDENZIALI E PROFILI CRITICI

Il saggio interviene nel dibattito sulla sorte che subisce la clausola compromissoria là dove il contratto a cui è apposta o un suo elemento siano oggetto di trasferimento o di una particolare imputazione soggettiva degli effetti. L'Autore sottopone a revisione critica l'attuale orientamento espresso dalla giurisprudenza in tema di circolazione della clausola compromissoria nella cessione del credito e del contratto, prospettando il riconoscimento della legittimazione attiva sia del ceduto che del cessionario sulla base dell'attuale visione dinamico-funzionale del rapporto obbligatorio. In questa logica si sottolinea come il tradizionale atteggiamento di sfavore per la giustizia arbitrale possa ormai considerarsi superato e si propone una soluzione capace di cogliere il legame esistente tra le disposizioni attraverso le quali si formalizzano gli interessi sostanziali delle parti e le clausole che disciplinano le forme e le modalità di tutela degli stessi.

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La trasmissione *ipso iure* della clausola compromissoria nelle ipotesi di fusione o trasformazione societaria, di successione *moris causa* e di cessione d'azienda. — 3. Clausola compromissoria e cessione credito: le soluzioni della giurisprudenza. — 4. (segue) Osservazioni critiche. — 5. Patto compromissorio e cessione del contratto. — 6. La forma della clausola compromissoria nelle ipotesi di cessione. — 7. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

L'importanza e l'attualità dei profili problematici connessi alla circolazione della clausola compromissoria emergono con evidenza dai numerosi studi pubblicati nell'ultimo decennio e dai significativi mutamenti giurisprudenziali, che tendono spesso a discostarsi dalle posizioni espresse dalla più recente dottrina.

Il tema — è noto — concerne una molteplicità di ipotesi, quali, ad esempio, la cessione d'azienda, la successione *moris causa*, il contratto fideiussorio, il contratto per persona da nominare, le modificazioni dal lato passivo dell'obbligazione, delegazione, espromissione e accollo, il trasferimento del credito e la cessione del contratto. Tuttavia, data l'ampiezza del tema, l'analisi si incentrerà, in questa sede, su alcune fattispecie significative che non hanno ancora ricevuto soluzioni consolidate, al fine di valutare la sorte che subisce la clausola compromissoria là dove il negozio al quale essa è apposta sia ceduto a terzi o sia oggetto di una

particolare imputazione soggettiva degli effetti¹. Per cogliere appieno le questioni sottese alle predette vicende circolatorie è opportuno evidenziare, preliminarmente, come esse traggano origine da una duplice, possibile, prospettazione del fenomeno.

La clausola compromissoria, infatti, da un lato, sembra poter circolare automaticamente, unitamente al negozio al quale è apposta, proprio perché funzionalmente collegata al rapporto sostanziale che trae origine dall'atto di privata autonomia; dall'altro, invece, sembra ricevere nella considerazione normativa una specifica autonomia valutativa, che la rende oggetto di un accordo "autonomo" e "distinto" dalla manifestazione di volontà volta alla conclusione del regolamento di interessi. Di qui la possibile scissione tra le disposizioni negoziali di natura sostanziale e quelle di ordine processuale, e dunque il tema della trasmissibilità del rapporto sostanziale separatamente dal vincolo compromissorio che, in assenza di un'espressa pattuizione, dovrebbe rimanere insensibile alla vicende circolatorie del contratto o delle posizioni giuridiche soggettive da esso generate.

Tuttavia, pur ragionando in questa prospettiva, deve escludersi, *a priori*, che il vincolo compromissorio possa circolare separatamente dal rapporto sostanziale cui inerisce, visto che il diritto di azione (davanti al giudice ordinario o agli arbitri) è riconosciuto dall'ordinamento a specifica tutela di un diritto sostanziale e non è cedibile senza la contemporanea alienazione di tale diritto². Il problema che si pone, pertanto, è quello non già di ipotizzare una duplice, autonoma, circolazione del patto compromissorio e del contratto o delle posizioni giuridiche soggettive nate dal negozio, bensì di verificare se il trasferimento di queste ultime o dell'intera posizione contrattuale determini la circolazione *ipso iure* della clausola arbitrale, oppure se, a tal fine, si renda necessaria un'espressa e specifica manifestazione di volontà da parte di coloro che stipulano l'atto di cessione³.

In realtà, a fronte dell'orientamento tradizionale che affermava, in via generale, l'automatico trasferimento del vincolo compromissorio sulla base dell'unitarietà del regolamento contrattuale, che implica quale effetto essenziale una successione a titolo particolare nel rapporto giuridico contrattuale⁴, si è affermato, negli ultimi

¹ E. BENETTI, *Sulla circolazione della clausola compromissoria*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 12.

² E. FUSI, *La clausola compromissoria*, Milano 2001, pag. 248, che rileva come, diversamente argomentando, la parte del rapporto sostanziale, che in ipotesi cedesse l'azione arbitrale, mancherebbe di ogni tutela, non potendo reagire alle eventuali lesioni del diritto: non solo, ma lo stesso titolare del diritto di azione si troverebbe nell'impossibilità di esercitare il credito per carenza di interesse ad agire (art. 100 c.p.). L'id è per tale ragione che il diritto a compromettere in arbitri, al pari del diritto di azione, si trasferisce congiuntamente al diritto sostanziale che ne costituisce il presupposto, essendo l'uno (diritto alla tutela arbitrale o giurisdizionale) strumentale rispetto alla posizione giuridica sostanziale garantita e protetta.

³ C. PENNA, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2012, p. 312.

⁴ Cass. 10 febbraio 1993 n. 1930, in *Giur. civ.*, 1994, 2333; Cass. 21 giugno 1996 n. 5761, in

anni, un diverso indirizzo che, in alcuni casi, esclude e, in altri, limita sensibilmente, in tutto o in parte, la circolazione del predetto vincolo nelle ipotesi di cessione del credito e del contratto⁵. Ciò sulla base di un'asserita autonomia della clausola compromissoria rispetto al rapporto obbligatorio generato dal contratto nel quale essa è inserita e di una concezione essenzialmente strutturale del fenomeno circolatorio, che non sempre è in grado di cogliere, in una visione unitaria, il legame esistente tra gli interessi sostanziali implicati nella vicenda circolatoria e le forme e le modalità di tutela per essi predisposte. Questo perché – si vedrà – il legame tra clausola e contratto non è di tipo esclusivamente strutturale, ma anche funzionale, dal momento che incide sulla determinazione dell'oggetto del patto compromissorio che, riguardando la devoluzione al giudizio degli arbitri delle controversie nascenti dal contratto, si riflette inevitabilmente sulle modalità processuali attraverso le quali si attua la tutela del diritto violato.

Si spiega in tal modo perché le soluzioni prospettate dalla giurisprudenza di legittimità in ordine alle diverse fattispecie di volta in volta prese in considerazione appaiano spesso oggetto di ampi dissensi sia in dottrina che all'interno della stessa Suprema Corte; tant'è vero che anche l'ultima pronunzia a Sezioni Unite, che ha segnato un punto di svolta in tema di cessione del credito e del contratto, è stata poi disattesa nella sua *ratio decidendi* e negli *obiter dicta* da altre decisioni successive. Il che dimostra come il quadro delle vicende circolatorie relative alla clausola compromissoria sia particolarmente complesso e articolato e richieda soluzioni duttili e sistematicamente coerenti, che tengano conto sia dei principi normativi che regolano le diverse ipotesi di cessione del negozio, sia degli interessi sostanziali dei contraenti e delle forme e modalità di tutela previste per i loro diritti.

2. La trasmissione ipso iure della clausola compromissoria nelle ipotesi di fusione o trasformazione societaria, di successione *mortis causa* e di cessione d'azienda.

Tra le ipotesi nelle quali è generalmente ammessa la trasmissione automatica del vincolo compromissorio possono menzionarsi le fattispecie relative alla fusione o trasformazione della società. L'art. 2504 *bis* I. comma cc., infatti, stabilisce

Riv. arb., 1996, p. 699 ss, con nota di F. CASCIOLO, *Cessione del contratto e autonomia della clausola compromissoria*.

⁵ In tema di cessione del contratto vedi P. PERLINI, *Della cessione dei crediti*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja Branca*, Bologna Roma, 1982, (Napoli, rist. 2010), p. 61 ss; G. STANZIAROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, p. 189 ss; C. CECCHIELLA, *Limiti soggettivi di efficacia del patto compromissorio*, in *Corr. Giur.* 1995, p. 1373; R. CAMBIO, *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, Torino, 1998, p. 83 ss; A. DONALDIA, *Cessione dei crediti*, in *Dig. IV sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 322; V. PAVONE, *Cessione dei crediti*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 867.

espressamente che la società che risulta dalla fusione – sia se quest'ultima si attui attraverso l'incorporazione in una società già esistente, sia se avvenga mediante la costituzione di un nuovo soggetto – assume i diritti e gli obblighi che facevano capo alle società partecipanti e prosegue nei rapporti “anche processuali” esistenti prima della fusione. Il che si verifica sia se si segue l'orientamento giurisprudenziale che costruisce la fusione come un'ipotesi di successione universale simile a quella *mortis causa*⁶, sia se si accoglie l'indirizzo che inquadra la fusione fra le vicende modificative dell'atto costitutivo delle società partecipanti⁷, poiché in entrambi i casi detta vicenda comporta il trasferimento di tutti i diritti e gli obblighi della società fusa alla società incorporante (o risultante dalla fusione) con conseguente scioglimento del rapporto sociale⁸. Principio, questo, che, operando anche nelle ipotesi di trasformazione della società *ex art. 2498 c.c.*, fa sì che, in assenza di espressioni normative o patrizie, anche il vincolo nascente dalla clausola compromissoria prosegue in capo alla società trasformata o risultante dalla fusione, non essendovi alcuna valida ragione ostativa all'applicazione della predetta regola là dove i diritti e gli obblighi della società estinta traggano origine da un accordo arbitrale⁹.

Non particolarmente controverso appare inoltre il trasferimento automatico della clausola compromissoria nelle ipotesi di successione *mortis causa*. In virtù dei principi che sanciscono la trasmissione dei rapporti giuridici facenti causa al *de cuius*, può dirsi che anche la clausola compromissoria “*sopravviva alla morte dell'originario titolare*”¹⁰, e dunque si trasmetta ai suoi successori a titolo universale o particolare, di guisa che quest'ultimi, sia se succedono *ex testamento* che *ex lege*, soggiacciono alla clausola stipulata dell'ereditando relativa al rapporto che si è trasmesso agli eredi o ai legatari. Infatti, nonostante la giurisprudenza tenda ad escludere l'operatività del predetto principio nelle ipotesi di legato *ex lege*¹¹, può ritenersi che l'identità di effetti che tale fattispecie produce rispetto al legato *ex*

⁶ Cass. 19 maggio 2011 n. 11059; Cass. 16 febbraio 2007 n. 3695; Cass. 11 aprile 2003 n. 5716 in *De iure*.

⁷ Cass. 17 settembre 2010 n. 19698; Cass. sez. un., 8 febbraio 2006 n. 2637, in *De iure*.

⁸ F. BENATTI, *op. cit.*, p. 20.

⁹ F. BENATTI, *op. cit.*, p. 261.

¹⁰ Cass. 27 luglio 1990 n. 7597, in *Riv. arb.*, 1992, 269. L'ipotesi decisa da Cass. 12 maggio 1983 n. 3476 in cui si è affermato che l'avente causa dell'erede del socio di una società in accomandita semplice, sebbene non possa acquistare la qualità di socio, data la natura *intuitus personae* del vincolo societario, succede in tutti gli altri rapporti e, “per la controversia relativa alla liquidazione della quota sociale, è tenuto al rispetto della clausola compromissoria inserita dal *de cuius* nel patto societario per ogni lita concernente i diritti nascenti dal contratto”.

¹¹ Cass. 27 7 1990 n. 7597 *cit.*

testamento privi di validità siffatta distinzione, non potendo la diversa fonte cui le due ipotesi sono collegate ostare alla circolazione del rapporto compromissorio nel solo legato *ex lege*¹².

Più complesso è invece il problema relativo alla successione nella clausola compromissoria in presenza di una pluralità di eredi, discutendosi se, in tal caso, debbano applicarsi per analogia le norme di cui agli artt. artt. 1295 e 1308 c.c., dettate in tema di obbligazioni solidali e indivisibili – e dunque far discendere la soluzione dalla divisibilità/indivisibilità del rapporto compromissorio – oppure se detto vincolo si trasferisca, *iure successionis*, in capo a tutti i coeredi. Secondo quest'ultima opinione, infatti, rimanendo la predetta clausola estranea all'ambito di applicazione delle norme sopra citate, il vincolo compromissorio si trasmette in capo a tutti i successori universali, con la conseguenza che l'eventuale disaccordo circa l'attivazione del procedimento arbitrale si risolve in base al principio di maggioranza previsto per la comunione ordinata. Cosicché è solo in seguito all'instaurazione del giudizio arbitrale che rileva la natura divisibile del collegato rapporto sostanziale, visto che ciascun coerede può agire o essere convenuto separatamente dagli altri esclusivamente se l'obbligazione è divisibile¹³.

Così, pure, particolarmente complessi e delicati sono i problemi relativi alla validità della clausola arbitrale, contenuta in un testamento, diretta ad imporre ai successori, nel caso in cui insorgano controversie tra loro, il ricorso alla procedura arbitrale, oppure volta a designare l'arbitro incaricato a definire le eventuali liti sorte tra gli eredi e/o tra i legatari¹⁴. Problemi, questi, che non escludono affatto, peraltro, l'evidente utilità di siffatta clausola, essendo per il *de cuius* particolarmente significativo sapere se le eventuali controversie tra i suoi successori potranno essere risolte in maniera rapida ed efficiente da una persona che gode della sua personale fiducia¹⁵.

Viceversa, la circolazione della clausola compromissoria è generalmente ammessa nelle ipotesi di cessione d'azienda. La giurisprudenza, infatti, ha più volte affermato che detto vincolo circola *ipso iure* unitamente al contratto al quale è apposto ed agli altri contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda che non abbiano carattere personale. Questo perché – si è precisato – a differenza di ciò accade

¹² F. BENATTI, *op. cit.*, 16.

¹³ In quest'ultima prospettiva, vedi F. BENATTI, *op. cit.*, p. 254, nel primo senso vedi L. REDENTI, *Compromesso (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. III, (1990), 1959, p. 800.

¹⁴ G. BONIINI, *La disposizione arbitrale*, in *Tratt. dir. succ. donaz. (dir. da Bonini)*, II, *La successione testamentaria*, cit., p. 887 ss. F. BENATTI, *Testamento e devoluzione ad arbitri delle liti tra successori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 818.

¹⁵ Sul tema vedi G. PERLINGIERI, *La previsione testamentaria di arbitro*, in *La giustizia arbitrale* (a cura di V. Putorti), in corso di pubblicazione p. 165 ss.

nell'ipotesi di cessione del contratto, la cessione dei negozi funzionali all'esercizio dell'azienda prescindono da una manifestazione di volontà, espressa o tacita, dei contraenti e non richiedono neppure il consenso del ceduto. Cosicché anche il patto compromissorio si trasferisce automaticamente al cessionario e può essere attivato sia da quest'ultimo che dal debitore, in virtù del medesimo automatismo che sta alla base del principio sotteso alla previsione normativa di cui all'art. 2598 c.c., volto ad evitare il frazionamento di complessi aziendali completi ed efficienti ed a offrire adeguata tutela ai creditori aziendali¹⁶.

3. Clausola compromissoria e cessione credito: le soluzioni della giurisprudenza.

I profili problematici collegati al trasferimento della clausola compromissoria appaiono in tutta la loro evidenza nell'ipotesi di cessione del credito, così come si evince dall'esame della giurisprudenza di legittimità che, proprio in questo ambito, sembra aver tradito la funzione monofattica che le è stata affidata, disattendendo indirizzi consolidati e assumendo posizioni mutevoli e non sempre coerenti¹⁷.

Ripercorrendo brevemente l'iter giurisprudenziale, è dato rilevare innanzitutto che, fino al termine degli anni '90, si era formato un consolidato indirizzo che riconosceva il trasferimento, *ipso iure*, della clausola compromissoria in capo al cessionario, di guisa che sia quest'ultimo che il debitore ceduto erano legittimati, in caso di controversia, ad instaurare un procedimento arbitrale. Più precisamente, si riteneva che il vincolo compromissorio, riguardando le liti circa l'esistenza e le modalità del credito, non potesse che trasferirsi al cessionario per effetto dello stesso atto di cessione, «in quanto attinente a quell'elemento del rapporto che è stato trasmesso»¹⁸. Per effetto della cessione – si affermava – il rapporto contrattuale rimane sostanzialmente immutato nel suo contenuto precettivo, subendo soltanto quelle modifiche che sono funzionali a rendere possibile la trasmissione del diritto così come prefigurata normativamente. Ne seguiva che la cessione, in quanto negozio traslativo, producendo una modificazione dal lato attivo del rapporto e dettando essa stessa la regola della circolazione del rapporto sostanziale, coinvolgeva anche la clausola compromissoria, la quale, non incidendo sugli effetti circolatori del credito, precludendone o limitandone la trasmissione, era attivabile sia dal contraente ceduto che dal cessionario¹⁹.

¹⁶ Cass. 28.3.2007 n. 7652, in *Corr. giur.* con nota di F. Roccino, *Circolazione della clausola compromissoria e cessione di azienda*, p. 1229.

¹⁷ F. MORTOLA, *La circolazione della clausola compromissoria*, in *Obbl. contr.* 2008, p. 259.

¹⁸ Cass. 17 settembre 1970 n. 7525, in *Giust. Civ.*, 1970, I, 1567; Cass. 29 luglio 1964 n. 2161, in *Foro Padano*, 1965, I, 976 con nota di G. SCHIZZEROTTO, *Questioni e questioni in materia di arbitrato*.

¹⁹ F. BENNATI, *Sulla circolazione della clausola compromissoria*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 15.

A tale orientamento, si contrapponeva un diverso e minoritario indirizzo che sosteneva l'ineroperatività della predetta clausola sia per il cessionario che per il debitore ceduto²⁰.

In particolare si riteneva che quest'ultimo non potesse ritenersi costretto a instaurare un procedimento arbitrale contro un soggetto diverso da quello con il quale aveva stipulato il patto compromissorio, anche perché egli poteva opporre al cessionario le sole eccezioni concernenti l'esistenza, la validità ed efficacia dell'obbligazione e non anche quelle fondate sul contratto, qual è, appunto, l'eccezione relativa alle modalità stabilite per la soluzione delle controversie²¹.

Così, pure, relativamente alla posizione del cessionario si osservava che, essendo quest'ultimo estraneo rispetto alla stipulazione del patto compromissorio e non subentrando, quindi, nella titolarità dei diritti e degli obblighi nascenti dal negozio originario – che è autonomo e distinto rispetto al contratto di cessione – non poteva in alcun modo invocare una pattuizione della quale non era stato parte²².

In tal modo, si arrivava ad affermare che la successione nel rapporto principale, sebbene rappresentasse un presupposto necessario ai fini della successione nella clausola compromissoria, integrando un fenomeno di «trasmissibilità indipendente», si poneva in una relazione di «condizionalità necessaria ma non sufficiente» rispetto ad essa, potendo la clausola circolare solo in presenza del consenso in tal senso prestato dall'avente causa (cessionario)²³.

Tuttavia, alla fine del secolo scorso, entrambi gli indirizzi hanno subito un punto di svolta per effetto della decisione resa dalla Suprema Corte a Sezioni Unite in sede di regolamento di giurisdizione, la quale, da un lato, ha ribadito che il cessionario, per le anzidette ragioni, mai potesse avvalersi della clausola compromissoria nei confronti del ceduto; dall'altro, ha riconosciuto, invece, in

²⁰ M. BOVI, *Processo arbitrale e terzi*, nota a lodo l'arbitrato 27.1.1994, in *Riv. arb.*, 1995, p. 781; Cass. 1 settembre 2004 n. 17351, in *Corr. Giur.* 2005, 1657 con nota di M. MARCONDA, *Cessione del credito e clausola compromissoria: la Cassazione "evidentemente" si contraddice*.

²¹ Cass. 1 settembre 2004 n. 17351 *op. cit.*

²² C. CAVALLINI, *Il trasferimento della clausola compromissoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 483, che sottolinea come il cessionario non possa avvalersi della clausola compromissoria in quanto è terzo rispetto ad essa. Cosicché, ove si ammettesse la circolazione della clausola, si dovrebbe sostenere «la nullità della stessa... in quanto inesistente, mancando proprio dell'accordo il consenso necessario alla sua conclusione». Non solo, ma l'A. ritiene che il trasferimento automatico di detta clausola sia escluso anche dalla struttura bilaterale del negozio di cessione e dalla sua disciplina, tesa a tutelare la posizione del debitore ceduto, il quale è «estraneo rispetto ad una vicenda successoria che non coinvolge l'intero contratto».

²³ F. CARNIELUTTI, *Clausola compromissoria e competenza degli arbitri*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, p. 330.

capo a quest'ultimo la legittimazione ad instaurare un procedimento arbitrale contro il cessionario²⁴.

Conclusione, questa, che è stata ripresa anche dalla recente giurisprudenza di merito²⁵, la quale ha affermato che, diversamente argomentando, il debitore si vedrebbe privato del diritto di sottoporre ad arbitri le controversie nascenti dal contratto di cui è parte, in forza di un (successivo) accordo tra cedente e cessionario a cui è rimasto estraneo; come pure si derogherebbe, senza alcuna valida ragione normativa, al principio sancito dall'art. 1256 c.c. che consente al ceduto di opporre al cessionario le stesse eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore originario tra le quali vi è anche l'*exceptio compromissi*.

4. (Segue) Osservazioni critiche.

La conclusione cui è pervenuta la giurisprudenza di legittimità suscita peraltro dubbi e perplessità per un triplice ordine di ragioni. Innanzitutto perché utilizza in maniera impropria un argomento *a fortiori*, nella misura in cui, traendo spunto dall'indirizzo giurisprudenziale formatosi in tema di cessione del contratto, che esclude l'automatica circolazione della clausola, afferma che se il trasferimento automatico di detta patrimoniale è precluso in tali ipotesi, "a maggior ragione, deve escludersi in favore del cessionario del credito, che è parte di una vicenda di contenuto ed effetti assai minori di quella contemplata dagli artt. 1406 ss c.c."²⁶.

In secondo luogo perché fa leva su un'errata interpretazione dei caratteri di autonomia e indipendenza che contraddistinguono la predetta clausola ex art. 808 II° comma c.p.c.; infine perché risolve diversamente il problema del trasferimento della clausola compromissoria tra cedente e cessionario, assegnando rilievo assorbente alla struttura formale dell'atto di cessione, senza tener presente che la struttura di un negozio è una conseguenza e non già un *præius* degli effetti che l'atto in concreto realizza. Sicché, ai fini della disciplina applicabile, non può non

²⁴ Cass. Sez. Un. 17 dicembre 1998 n. 12616 *op. cit.*

²⁵ Trib. Modena 23 maggio 2013 n. 807 in *De iure* ha affermato che il cessionario di un credito nascente da un contratto, nel quale sia inserita una clausola compromissoria, non subentra nella titolarità del distinto ed autonomo negozio compromissorio e non può, pertanto, invocare detta clausola nei confronti del debitore ceduto; viceversa, quest'ultimo può avvalersi della clausola compromissoria nei confronti del cessionario, negitando essa tra le eccezioni opponibili all'originario creditore ed atteso che, altrimenti, si vedrebbe privato del diritto di far decidere ad arbitri le controversie sul credito in forza di un accordo tra cedente e cessionario al quale egli è rimasto estraneo.

²⁶ Dopo la decisione della Suprema Corte a Sezioni Unite 17 dicembre 1998 n. 12616 *op. cit.*, ha escluso che il subentro automatico nella clausola compromissoria possa verificarsi a favore del cessionario del credito, Cass. 19 settembre 2003 n. 13693 con nota di V. MARCONI, *Cessione del credito e clausola compromissoria: le inaccettabili conclusioni della Cassazione*, in *Riv. arb.* 2004, p. 467.

tenersi conto anche del profilo funzionale dell'atto e delle modalità processuali convenzionalmente o legalmente stabilite attraverso le quali si attua la tutela degli interessi sostanziali di cui sono portatori i soggetti implicati nella vicenda circolatoria²⁷.

In particolare, con riguardo al primo profilo è dato osservare che non risulta affatto dimostrato che nella cessione del contratto la sostituzione del cessionario nelle posizioni attive e passive facenti capo al cedente non comporti anche la trasmissione del rapporto compromissorio, così come nulla induce a ritenere che nel *surplus* non trasferito al cessionario del credito vi rientri proprio il rapporto compromissorio. Pertanto, nessuna forza persuasiva può assumere il parallelo con la cessione del contratto, visto l'assenza di fondate ragioni argomentative tese a spiegare sia la mancata circolazione della clausola in quest'ultima ipotesi, sia l'affermazione secondo la quale sarebbe proprio tale conclusione che impedirebbe, *a fortiori*, il trasferimento del vincolo compromissorio in capo al soggetto a cui il credito è stato ceduto.

Così, pure, debole e non affatto assorbente appare il richiamo all'autonomia del rapporto compromissorio, tant'è vero che esso, proprio per la sua inidoneità a giustificare la tesi accolta dalle Sezioni Unite, viene invocato anche per sostenere l'opposta idea dell'automatico trasferimento del vincolo compromissorio. Infatti, si è da tempo dimostrato che l'autonomia valenza della clausola di cui all'art. 808 c.p.c., va riferita esclusivamente al giudizio riguardante la sua validità, il quale deve essere svolto con criteri autonomi e diversi rispetto a quelli utilizzabili per accertare la validità del rapporto sostanziale che trae origine dall'atto di privata autonomia²⁸. Di qui il corollario secondo il quale la clausola compromissoria può essere valida anche in caso di invalidità del contratto, poiché la "nullità non può scendere dal contratto alla clausola", ma può "salire da essa al contratto" ove ricorrano i presupposti di cui all'art. 1419 c.c.²⁹.

In questa logica, la natura autonomia della clausola è ascrivibile proprio alla peculiare finalità che essa persegue, che è diversa da quella del negozio cui accede e che comporta un autonomo giudizio sull'esistenza dei requisiti necessari per

²⁷ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 131, che evidenzia come la struttura formale del negozio non si identifichi necessariamente ed esclusivamente con il tipo negoziale, ma possa variare in funzione dell'assetto di interessi sotteso all'atto di privata autonomia e degli scopi che con esso le parti intendono perseguire. Cosicché nella cessione del credito è proprio il concreto rapporto oggetto del trasferimento che incide sulla struttura formale dell'atto ed evidenzia la sua variabilità.

²⁸ F. CARNIELLITTI, *op. cit.*, p. 330.

²⁹ N. IERU, *Compromesso e clausola compromissoria nella nuova legge sull'arbitrato*, in *Riv. arb.* 1994, p. 654.

la sua validità. Ciò al fine di salvaguardare la volontà dei contraenti diretta a deferire le controversie scaturenti dal contratto ad un collegio o ad un soggetto che si sostituisce alla competenza dell'autorità giurisdizionale ordinaria anche là dove l'atto di autonomia privata risulti viziato, salvo che il vizio che inficia l'uno non sia comune anche all'altra³⁰. Il che – è evidente – non si riflette affatto sulla intransmissibilità del vincolo compromissorio nelle vicende circolatorie che interessano il contratto, ma vale soltanto a sottolineare come detto vincolo possa conservare la propria efficacia anche se contenuto in un contratto invalido, in modo che sia garantito, anche in tal caso, il ricorso all'arbitrato.

Non solo, ma la soluzione prospettata dalla Suprema Corte se, per un verso, si presta ad essere strumentalizzata dal debitore che, convenuto dinanzi al giudice statale, potrebbe eccepire l'esistenza della clausola compromissoria per sottrarsi al giudizio ordinario, visto che essa è comunque operante nei suoi confronti³¹, per altro verso, appare criticabile proprio perché risolve diversamente il problema del trasferimento del vincolo compromissorio a seconda che venga in considerazione la posizione del debitore ceduto o quella del cessionario. In tal modo non considerando che quest'ultimo acquista il credito che faceva capo al cedente con le medesime caratteristiche che si traggono dalla disciplina legale e da quella fissata nel contratto costitutivo del credito³².

Si è già evidenziato, invero, che l'effetto traslativo, tipico della cessione, non implica alcun mutamento del contenuto preconstituito del contratto originario, comportando soltanto i cambiamenti che sono funzionali a determinare la modificazione soggettiva dal lato attivo del rapporto³³, cosicché l'*exceptio compromissi*, quale patto che integra e specifica il contenuto del credito ceduto, individuando e selezionando i poteri azionabili dal creditore a tutela del suo diritto, non pare incidere in alcun modo sugli effetti circolatori del credito. Di qui la seguente alternativa: o si riconosce – come pare preferibile – che il patto

³⁰ F. CASCIOLLO, *op. cit.*, p. 701.

³¹ V. MARCONDA, *La circolazione della clausola compromissoria*, in *Corr. Merito*, 2007, p. 10.

³² Cass. 15 settembre 1999, n. 9823, in *Giust. Civ.* 2000, I, 3273.

³³ F. FIESTI, *op. cit.*, p. 277 secondo il quale la cessione del credito si pone come parziale deroga al principio di inalienabilità della sfera giuridica dei contraenti senza il loro consenso, deroga che si giustifica proprio per l'esigenza di consentire un "certo livello di circolazione del credito". L'A. evidenzia peraltro come il ceduto possa opporre al cessionario tutte le eccezioni sollevabili nei confronti del cedente relative al rapporto giuridico fonte del credito, nonché l'eccezione di compensazione originata da un diverso rapporto con il cedente, sorta antierogante alla conoscenza della cessione. Mentre, in assenza di specifiche disposizioni normative, possono ammettersi le sole modifiche del rapporto obbligatorio funzionali a rendere possibile la circolazione del credito così come voluta dal legislatore, tra le quali non rientra certo l'intransmissibilità della clausola compromissoria, non costituendo la sua modificabilità uno strumento per permettere o facilitare la trasmissione del diritto.

compromissorio si trasferisca *ipso iure* all'atto della cessione del credito ed allora sia il ceduto che il cessionario devono poterlo invocare proprio perché esso ha formato oggetto di circolazione; oppure la clausola resta ferma tra gli originari contraenti ed è quindi sostanzialmente caducata per effetto della cessione, di guisa che essa non è più invocabile né dal debitore, né da colui a cui il credito è stato trasferito³⁴.

Viceversa, ciò che non appare coerente è l'affermazione secondo la quale la mancata circolazione della clausola impedirebbe al cessionario di avvalersi della stessa, ma non escluderebbe che il debitore ceduto possa comunque invocarla nei suoi confronti, in quanto soggetto che ha comunque partecipato alla stipulazione del patto. Tale conclusione introduce un trattamento differenziato tra la posizione del ceduto e quella del cessionario sulla base di una valutazione esclusivamente formale del fenomeno circolatorio e, in particolare, delle modalità con le quali la cessione si attua (*ex lege*, oppure tramite un accordo bilaterale o trilaterale), senza considerare, per contro, la complessità e la concreta articolazione del rapporto obbligatorio che si instaura tra le parti in seguito al negozio di cessione, che – come di dirà più analiticamente in seguito – richiede una valutazione di tipo non soltanto formale e astratta, bensì dinamico-funzionale in grado di cogliere, in una visione unitaria, il legame esistente tra le disposizioni attraverso cui si formalizzano gli interessi sostanziali delle parti e le clausole che disciplinano le forme e le modalità di tutela degli stessi³⁵.

5. Patto compromissorio e cessione del contratto.

Analogamente a quanto accaduto in tema di cessione del credito, prima della citata decisione delle Sezioni Unite, anche in ordine alle ipotesi di cessione del contratto si era formato un ampio e consolidato orientamento che ammetteva il trasferimento *ipso iure* della clausola compromissoria in capo al cessionario³⁶. Ciò in virtù della configurazione unitaria che assume il regolamento contrattuale originariamente pattuito e dell'effetto successorio, a titolo particolare, che l'atto di cessione realizza ai sensi dell'art. 1406 c.c.³⁷. Effetto, questo, che, consentendo al cessionario di subentrare nella medesima posizione, attiva e passiva, del contraente

³⁴ V. MARCONDA, *Cessione del credito cit.*, p. 1589; Coll. Arb. 6 aprile 2001, in *Riv. arb.* 2001, p. 519 con nota di SAVANESCHI, *La cessione del credito trasferisce al cessionario anche la clausola compromissoria che accede al credito stesso*.

³⁵ G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1995, p. 66.

³⁶ Anteriormente al 1998, hanno ammesso l'automatizzato trasferimento della clausola compromissoria nel caso di cessione del contratto Cass. 1996 n. 5761 in *Riv. arb.* 1996, p. 699; Cass. 16 febbraio 1993 n. 1930 in *Nota giur. cit. contr.*, 1993, p. 865.

³⁷ Cass. 21 giugno 1996 n. 5761 *op. cit.*; F. BENATTI, *op. cit.*, p. 95.

originario, implicava l'automatica trasmissione del vincolo compromissorio³⁸. Si riteneva, infatti, che l'art. 1409 c.c., prevedendo che, in assenza di specifiche pattuizioni, il rapporto negoziale si trasferisse nella sua integralità, senza mutamenti, fosse espressione di un *favor* per il subentro del cessionario nella stessa posizione del cedente, compresa la clausola compromissoria, ritenendo essa nel contenuto del contratto concluso dagli originari contraenti a cui il cessionario presta adesione con la stipula del negozio di cessione³⁹.

Tale indirizzo è stato disatteso, tuttavia, dalla citata pronunzia delle Sezioni Unite del '98, la quale con un *obiter dictum* – ripreso da una successiva pronunzia⁴⁰ – ha escluso l'automatico trasferimento della clausola compromissoria sia in favore del contraente ceduto che del cessionario. In particolare, facendo leva sui caratteri di individualità e autonomia propri di siffatta clausola, la giurisprudenza ha affermato l'insufficienza dell'accordo raggiunto tra cedente e cessionario ai fini dell'automatico trasferimento del vincolo compromissorio, richiedendo, a tal fine, una specifica manifestazione di volontà conforme alle regole formali prescritte per le deroghe alla giurisdizione statale. Si è così affermato che se vi è bisogno di uno specifico accordo trilaterale per la circolazione del rapporto negoziale ex art. 1406 c.c., allo stesso modo non si può prescindere dal consenso del cedente, del ceduto e del cessionario per il trasferimento del vincolo compromissorio, data l'autonomia di cui esso gode rispetto al contratto cui accede.

Si è già detto, però, che il carattere di autonomia della clausola compromissoria si spiega in virtù dell'esigenza di garantire la sua attivazione anche là dove il contratto al quale essa è apposta sia invalido, dovendosi in tal caso presumere che le parti abbiano voluto devolvere in arbitrato anche le liti concernenti i vizi che colpiscono il regolamento negoziale. Mentre nelle ipotesi di cessione del contratto sembra ragionevole ritenere che l'intenzione dei contraenti sia proprio quella di trasferire all'avente causa il regolamento negoziale nella sua integralità, così come esso è stato originariamente stipulato, e dunque consentire sia al ceduto che al cessionario di risolvere le loro controversie tramite il ricorso all'arbitrato, al pari di ciò che avrebbero potuto fare cedente e ceduto. Il che presuppone che la clausola sia inserita nel medesimo documento che contiene il regolamento contrattuale oggetto di cessione, poiché, altrimenti, ove essa sia contenuta in un documento separato, ai fini del suo trasferimento, sarebbe comunque necessario un espresso e specifico richiamo nel contratto ceduto⁴¹.

³⁸ G. RICINTO, *La circolazione volontaria e legale del contratto*, Napoli, 2008, p. 61 ss.

³⁹ I. FUSI, *op. cit.*, p. 266.

⁴⁰ Cass. 22 12 2005 n. 28497, *op. cit.*

⁴¹ P. RASCHIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 29.

A tal riguardo, è opportuno osservare, infatti, che la Suprema Corte, in ordine alle ipotesi di cessione d'azienda, ha comunque ammesso che la clausola compromissoria circoli *ipso iure* unitamente al contratto al quale è apposta ed agli altri contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda che non abbiano carattere personale. Questo perché – ha precisato – a differenza di ciò accade nell'ipotesi generale di cessione del contratto, la cessione dei negozi funzionali all'esercizio dell'azienda prescindono da una manifestazione di volontà, espressa o tacita, dei contraenti. Cosicché anche il patto compromissorio si trasferisce automaticamente al cessionario e può essere attivato sia da quest'ultimo che dal ceduto, in virtù del medesimo automatismo che sta alla base del principio sotteso alla previsione normativa di cui all'art. 2598 c.c., volto ad evitare il frazionamento di complessi aziendali completi ed efficienti ed a offrire adeguata tutela ai creditori aziendali⁴².

Decisione, questa, che conferma ancor più le incertezze e la rapida mutevolezza delle posizioni assunte dalla giurisprudenza sul tema, dal momento che, sempre in tale pronunzia, la Suprema Corte, con un chiaro *obiter dictum*, ha esteso alla cessione del contratto le medesime soluzioni proposte in ordine alla cessione del credito. In particolare, ha rilevato che, in caso di cessione volontaria del contratto, la mancata osservanza dei requisiti formali richiesti per il trasferimento della clausola compromissoria “determina l'impossibilità di avvalersene da parte del solo cessionario e non anche del contraente ceduto”, il quale non potrebbe vedersi privato del diritto di sottoporre ad arbitri le controversie in forza di un successivo accordo, tra cedente e cessionario, a cui sia rimasto estraneo.

Tuttavia, proprio le continue e rapide oscillazioni della Suprema Corte dimostrano come la soluzione dei profili problematici concernenti la circolazione della clausola compromissoria, anche nell'ipotesi di cui agli artt. 1406 ss c.c., non possano prescindere dall'applicazione dei principi normativi che regolano la cessione del contratto, valutando unitariamente le ipotesi di cessione sia volontaria che *ex lege* e tenendo presente che gli interessi sostanziali coinvolti nella vicenda circolatoria, normalmente, sono funzionalmente connessi alle forme ed alle modalità di tutela per essi contrattualmente previsti. E' solo in tal modo, infatti, che possono prospettarsi soluzioni coerenti e persuasive in grado di assicurare alla volontà delle parti un'adeguata tutela, evitando di introdurre trattamenti differenziati in fattispecie che presentano rilevanti aspetti comuni e sono tra loro sostanzialmente omogenee⁴³.

⁴² Cass. 28 3 2007 n. 7652 in *Corr. giur.* con nota di F. Rocciano, *Circolazione della clausola compromissoria e cessione d'azienda*, p. 1229.

⁴³ G. RICINTO, *La circolazione della clausola compromissoria nella cessione del credito, del contratto e dell'azienda*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 117.

In realtà, è proprio la pluralità e la meritevolezza degli interessi creditori e debitori che convivono nell'ambito del medesimo rapporto obbligatorio che testimoniano la sua complessa articolazione e contribuiscono a selezionare la disciplina applicabile. Disciplina che va individuata sulla base delle norme che regolano la successione nella posizione contrattuale da parte del cessionario, riportando il contenuto formale dell'atto e delle situazioni giuridiche soggettive che da esso derivano ad un criterio di idoneità e proporzionalità rispetto al risultato voluto dalle parti, che normalmente è quello di trasferire all'avente diritto la posizione contrattuale nella sua integralità, comprese le forme e le modalità di tutela per essa convenzionalmente stabilite.

Tale conclusione non esclude peraltro che la disciplina del negozio che attua la successione nel contratto permetta a tutte e tre le parti, in virtù del loro potere di privata autonomia, di stipulare un negozio di cessione teso a modificare l'originario contenuto del regolamento contrattuale, e precisamente a: a) risolvere consensualmente la clausola compromissoria apposta al contratto originario, visto che tale partizione non incide sul contenuto essenziale del contratto ceduto e non impedisce di considerare continuativo il rapporto sostanziale stesso; b) inserire nel contratto ceduto un patto compromissorio prima inesistente; c) stipulare *ex novo* una clausola arbitrale tra cedente e cessionario per le liti che possono insorgere dal contratto di cessione. Mentre è precluso ai contraenti trasferire la clausola compromissoria separatamente dal rapporto sostanziale a cui è essa collegata, dal momento che – si è detto – non è ammissibile, per carenza di oggetto, la devoluzione in arbitrato di una controversia senza la contestuale individuazione della lite o del rapporto da cui la controversia può scaturire⁴⁴.

6. La forma della clausola compromissoria nelle ipotesi di cessione.

Per quanto riguarda le prescrizioni formali stabilite per la validità della clausola compromissoria dal combinato disposto degli artt. 807-808 c.p.c., è dato osservare, innanzitutto, come esse si fondino soprattutto sull'esigenza di evitare, quando vi siano contrasti tra le parti, complicate istruttorie per accertare il giudice competente a dirimere la lite e consentire loro di giungere celermente e tempestivamente ad una decisione della controversia. Mentre si tende ad escludere che a dette ragioni si accompagnino anche motivi di ponderatezza, visto che la clausola compromissoria – si è detto – è oggi considerata come un normale patto che non comporta, per nessuno dei contraenti, situazioni svantaggiose per la loro sfera giuridica personale o patrimoniale⁴⁵.

Del resto, proprio il verbo “risultare” di cui all'art. 808 c.p.c., induce a ritenere che la clausola sia efficace anche là dove emerga in maniera indiretta da un documento ricognitivo, riassuntivo od esecutivo della clausola stessa. Il che implica che la forma scritta, sebbene dettata *ad substantiam* e non già *ad probationem*⁴⁶, non richieda l'espressa e specifica sottoscrizione del documento che contiene la pattuizione arbitrale, ma sia soddisfatta ogniqualvolta la volontà negoziale di compromettere la lite in arbitrato sia contenuta in un atto scritto⁴⁷. Ciò sia nel caso in cui la clausola venga inserita in un documento sottoscritto da entrambe le parti, sia là dove una delle firme risulti da un atto separato che sia inscindibilmente legato ad un altro, così come avviene, ad esempio, nelle ipotesi di accordo formatosi tramite lo scambio per corrispondenza di proposta e accettazione⁴⁸.

Conseguentemente, si è ritenuto che, al di fuori delle ipotesi in cui la clausola compromissoria sia inserita in un contratto per adesione *ex artt.* 1341 e 1342 c.c. – dove, rientrando tra le clausole vessatorie, deve essere espressamente e specificamente sottoscritta a pena di nullità – il requisito della forma scritta possa considerarsi rispettato là dove detta clausola sia inserita in documento più ampio, qual è il contratto richiamato dall'atto di cessione.

In questi casi è sufficiente che il negozio di cessione rinvii, facendolo proprio, al patto compromissorio incluso in altro contratto intervenuto per iscritto tra cedente e cessionario⁴⁹. Tant'è vero che nelle ipotesi di cessione d'azienda la Suprema Corte ha precisato che il requisito formale può essere assolto *per relationem*⁵⁰, subentrando il cessionario, *ipso iure*, oltre che nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda, anche in detta partizione. Anche se si è orientati a ritenere che, ai fini della validità della clausola, sia necessario comunque che sussista una *relatio perfecta*, ossia che il rinvio al documento esterno in cui la clausola è inserita contenga un richiamo espresso ad essa che consenta di evincere con certezza la volontà dei contraenti di avvalersi di siffatta specifica pattuizione⁵¹. Questo perché le parti, ove intendano integrare il loro rapporto negoziale tramite il richiamo alla regolamentazione fissata in un distinto documento, devono avere

privato. Studi in onore di Michele Giorgianni, Napoli-Roma 1998 p. 520.

⁴⁶ Così C. Pisa, *op. cit.*, p. 211.

⁴⁷ Cass. 19 marzo 2004, n. 5540.

⁴⁸ Cass., 24 luglio 2007 n. 16332, C. App. La circolazione dei modelli di risoluzione stragiudiziale delle controversie, in *Giust. civ.* 1994, II, p. 123.

⁴⁹ Cass., 24 settembre 1996, n. 8407, in *De iure*, R. Sicco, in *Sacco de Nova, Il contratto*, I, l'anno, 2004, p. 500.

⁵⁰ Cass. 28 marzo 2007 n. 7652 *op. cit.*

⁵¹ Cass. 12 settembre 2011 n. 18679, in *Rev. arb.*, 2013, 4, 949; Cass. sez. un. 19 maggio 2009 n. 1529, in *Foro padano*, 2009, 2, I, 278.

⁴⁴ I. Fiesi, *op. cit.*, p. 271.

⁴⁵ C. Mironelli, *La forma del patto di arbitrato*, in *La forma degli atti giuridici nel diritto*

piena conoscenza della stessa, in quanto è solo in tal caso che è possibile assegnare alle previsioni richiamate il valore di clausole concordate e sottrarle, come tali, all'esigenza della loro specifica approvazione per iscritto⁵².

Sull'abbinaggio delle suddette considerazioni può ritenersi allora che, nella prospettiva da noi accolta, anche nelle ipotesi di cessione del credito e del contratto, verificandosi un automatico trasferimento della clausola compromissoria in capo al cessionario, l'esigenza di certezza sottesa alle previsioni normative di cui agli artt. 807-808 c.p.c. sia soddisfatta dall'essere stata detta clausola stipulata per iscritto dagli originari contraenti⁵³. Infatti, la pretesa simmetria formale che dovrebbe sussistere tra il negozio di cessione ed il patto compromissorio non pare giustificata dalla *ratio* che sorregge le previsioni codicistiche di cui agli artt. 807-808 c.p.c., dal momento che la circolazione informale del patto non menoma affatto l'esigenza di certezza sottesa alle predette disposizioni⁵⁴. Cosicché, ove si ammetta l'automatico trasferimento della clausola compromissoria, non vi è alcuna necessità di sottoporre anche il negozio di cessione ai medesimi requisiti previsti dagli artt. 807-808 c.p.c., visto che la stipulazione della clausola emerge con chiarezza dalla scritta e specifica manifestazione di volontà espressa dal cedente e dal ceduto, e dunque non vi è alcun rischio circa l'aggravamento o il ritardo dell'avvio del procedimento arbitrale⁵⁵.

7. Considerazioni conclusive.

Il quadro delineato in ordine alla circolazione della clausola compromissoria nelle diverse fattispecie di successione nel rapporto obbligatorio o nelle singole posizioni giuridiche soggettive nascenti dall'atto di privata autonomia è – come si è visto – complesso, articolato e piuttosto disomogeneo. Così come non del tutto convincenti, sotto l'aspetto sistematico, appaiono le conclusioni a cui è pervenuta la giurisprudenza di legittimità secondo la quale il patto compromissorio potrebbe essere invocato, a volte, dal solo ceduto (cessione del credito), altre volte anche

dal cessionario (cessione d'azienda), altre volta ancora né dall'uno, né dall'altro (cessione del contratto).

E', questa, una diversità di trattamento che viene spesso motivata sulla base del carattere di autonomia della clausola compromissoria e delle differenti modalità con le quali la cessione si attua (*ex lege*, oppure tramite un accordo bilaterale o tripartito).

Orbene, sotto il primo profilo è sufficiente ribadire come la specifica autonomia valutativa di cui gode la clausola compromissoria *ex art.* 808 c.p.c. sia del tutto neutra rispetto alle vicende circolatorie, in quanto essa si riferisce esclusivamente al giudizio riguardante la sua validità, che deve essere svolto con criteri autonomi e diversi rispetto a quelli utilizzabili per accertare la validità del rapporto sostanziale. Mentre sotto l'altro aspetto occorre evidenziare come la concezione semplice, statica e astratta del rapporto obbligatorio sottesa alle soluzioni prospettate dalla giurisprudenza, possa oggi considerarsi ormai superata.

In realtà, la predetta visione dell'obbligazione, che induce a concentrare l'attenzione esclusivamente sul profilo strutturale del fenomeno circolatorio, è stata da tempo sottoposta a revisione critica dalla dottrina e da parte della giurisprudenza, che hanno sottolineato come essa sia inidonea a cogliere la reale ed effettiva articolazione del rapporto obbligatorio nel suo concreto *iter* formativo e attuativo. Detta concezione, infatti, non solo non considera che la struttura di un negozio è una conseguenza e non già un *prins* degli effetti che l'atto in concreto realizza, ma neppure riesce a focalizzare i tratti di disciplina comune che caratterizzano le diverse ipotesi di cessione, legali e convenzionali⁵⁶.

Viceversa, se si ragiona in una logica che inquadrerà il rapporto obbligatorio nella sua complessità ed unitarietà funzionale, che lo consideri come fenomeno non già semplice, astratto e statico, bensì complesso, dinamico e funzionale, dotato di una sua intrinseca strumentalità rispetto agli interessi concretamente perseguiti dalle parti, si può giungere ad una diversa e più persuasiva conclusione⁵⁷. Può prospettarsi, cioè, una soluzione maggiormente attenta a bilanciare l'esigenza circolatoria con il principio di intangibilità della sfera giuridica dei contraenti per effetto degli atti stipulati da terzi, in armonia con il sistema delineato dall'art. 1260 c.c. Ciò nell'ambito della cessione sia del credito che del contratto, dal momento che anche gli artt. 1406 e 1409 c.c., disciplinando tale vicenda in maniera unitaria e prevedendo la trasmissione in capo al cessionario della originaria posizione contrattuale del cedente, implicano, normalmente, il trasferimento di tutte le

⁵² Cass. 21 aprile 1999, n. 3920, in *De iure*, Lodo arbitrale 29/03/1994, in *Giur. merito*, 1996, p. 85, che ha affermato la liceità del patto che prevede, per la risoluzione delle controversie concernenti l'interpretazione od attuazione delle clausole contrattuali, il rinvio al regolamento della società europea di arbitrato, in quanto la volontà dei contraenti può validamente formarsi per "*relationem perfectam*", mediante rinvio ad un documento cui le parti si riferiscono, dichiarando di conoscerlo ed obbligandosi ad adempiere i patti in esso contenuti e del quale, quindi, accettano l'intero contenuto precettivo.

⁵³ P. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 27.

⁵⁴ Così invece C. CAVALLINI, *op. cit.* p. 481; C. PUNZI, *op. cit.*, p. 560, che, negando la circolazione *ipso iure* della clausola compromissoria, sostengono che ai fini del suo valido trasferimento sia necessario uno specifico atto di volontà da parte di coloro che stipulano l'atto di cessione, il quale sarebbe soggetto alle medesime prescrizioni formali di cui agli artt. 807-808 c.p.c.

⁵⁵ I. IRESTI, *op. cit.*, p. 249.

⁵⁶ In tal senso, vedi G. REBINO, *La circolazione della clausola compromissoria*, *op. cit.*, p. 118.

⁵⁷ P. PERLICHIERI, *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, in *Vita not.*, 1976, II, p. 103 ss.; *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, p. 95.

clausole e le situazioni che detta posizione integrano e tutelano, e dunque anche delle pattuizioni volte a precisare le modalità processuali attraverso le quali si attua la tutela del diritto violato⁵⁸, a prescindere dalla fonte legale o convenzionale del negozio di cessione⁵⁹.

Così, pure, è dato rilevare come l'idea che traspare dalle decisioni assunte dalla Suprema Corte secondo la quale la giustizia arbitrale avrebbe natura eccezionale rispetto alla giurisdizione statale e, come tale, sarebbe destinata ad operare in ambiti ristretti e circoscritti, non corrisponda più all'attuale realtà normativa⁶⁰. Da tempo, infatti, si è dimostrato come l'ampio spazio di operatività riconosciuto alle diverse forme di arbitrato richieda che i relativi procedimenti ed il lodo debbano essere posti in essere nel rispetto delle garanzie che governano l'esercizio della funzione pubblica della giustizia⁶¹ e debbano essere conformi ai principi sostanziali fondanti il nostro sistema, pena, anche in quest'ultimo caso, l'inevitabile giudizio di disvalore da parte dell'ordinamento, ai sensi dell'art. 829 c.p.c. n.10 II cpv⁶².

Conseguentemente, l'affermarsi della natura giurisdizionale dei giudizi arbitrali e le indubbie garanzie che assistono le parti in deriti procedimenti inducono a ritenere che nessun pregiudizio, né sotto l'aspetto sostanziale, né sotto quello processuale, possa derivare ai contraenti nelle ipotesi di cessione del credito o del contratto dall'automatico trasferimento della clausola compromissoria. Anzi, proprio il ricorso alla giustizia arbitrale, quale scelta effettuata dalle parti originarie verso la ricerca del miglior giudice⁶³, induce a ritenere che, in assenza di specifiche pattuizioni, il vincolo compromissorio operi in favore di tutti i contraenti coinvolti nella vicenda circolatoria, i quali, in conformità al principio di effettività delle tutele, potranno ottenere un'adeguata, effettiva e più tempestiva protezione delle loro pretese.

⁵⁸ G. REGINIO, *La circolazione della clausola compromissoria*, op. cit., p. 121.

⁵⁹ F. FIESTI, op. cit., p. 278.

⁶⁰ P. PERLINGHERI, *La sfera di operatività della giustizia arbitrale*, in *La giustizia arbitrale*, op. cit., p. 5.

⁶¹ P. PERLINGHERI, *Arbitrato e Costituzione*, Napoli, 2002, p. 28 e ss.

⁶² P. CARIETI, *La giustizia arbitrale: un approccio costituzionalistico*, in *La giustizia arbitrale*, op. cit., p. 200 e ss.

⁶³ F. BENAVITI, op. cit., p. 19.